

VU Research Portal

Een gat in het vangnet

Bouwens, W.H.A.C.M.

published in

Een trip langs de hagen (Liber amicorum prof. mr. J. Riphagen)
2011

document version

Early version, also known as pre-print

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W. H. A. C. M. (2011). Een gat in het vangnet. In B. B. B. Lanting, S. S. M. Peters, & M. Westerveld (Eds.), *Een trip langs de hagen (Liber amicorum prof. mr. J. Riphagen)* (pp. 73-83). BJU.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Een gat in het vangnet

Prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens¹

Inleiding

Uit de publicaties van Jaap Riphagen blijkt een bijzondere belangstelling voor de raakvlakken van het socialezekerheidsrecht met het arbeidsrecht. Ik wijs in het bijzonder op zijn dissertatie over ontslag en het recht op werkloosheidsuitkering en op zijn bijdrage aan de afscheidsbundel voor Wil Fase.² Deze bijzondere interesse indachtig, wil ik de toekomstig emeritus eren met een bijdrage waarin de verhouding tussen de loondoorbetalingsplicht van de werkgever bij ziekte van de werknemer en diens aanspraken op de Ziektewet (ZW) centraal staan. Meer in het bijzonder zal ik hierna aandacht besteden aan de situatie van werknemers die na de loondoorbetalingsperiode van art. 7:629 Burgerlijk Wetboek (BW) nog steeds arbeidsongeschiktheid zijn voor de eigen arbeid, maar wel in staat zijn om voor hun werkgever passende arbeid te verrichten. Aan de orde komt met name of de wet voldoende inkomensbescherming biedt wanneer deze werknemers ook voor die passende arbeid arbeidsongeschikt worden.

Het ‘vangnet-karakter’ van de Ziektewet.

Sinds de invoering van de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (WULBZ)³ fungeert de ZW als vangnetvoorziening. Gedurende de periode dat de werkgever gehouden is loon door te betalen –als regel 104 weken - bestaat op grond van art. 19 ZW wel recht op ziekingeld, maar dit komt als regel niet tot uitbetaling. Art. 29, eerste lid, ZW bepaalt namelijk dat geen ziekingeld wordt uitgekeerd, wanneer krachtens art. 7:629 BW recht op loon bestaat, dan wel zou hebben bestaan als de loonbetaling niet zou zijn gestaakt of opgeschort. De ZW fungeert als inkomensvoorziening voor verzekerden die tijdens ziekte geen aanspraak (meer) kunnen maken op doorbetaling van loon.

Art. 29, tweede lid, ZW somt op welke werknemers vanaf welk moment in aanmerking kunnen komen voor een uitkering. Genoemd worden onder meer de werknemers die ingevolge art. 4 en 5 ZW verzekerd zijn en de werknemers wier arbeidsovereenkomst eindigt tijdens de eerste 104 weken van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. Voorts kent de wet een beperkt aantal categorieën van werknemers die, ondanks het bestaan van loonaanspraken ex art. 7:629 BW, recht hebben op uitkering van ziekingeld. Dit geldt onder meer voor bepaalde werknemers met een functionele beperking (art. 29b ZW). Omdat de werkgever van het loon dat hij aan de werknemer verschuldigd is, het bedrag van het ziekingeld mag aftrekken (art. 7:629, vijfde lid, BW), is zijn financiële risico (grotendeels) afgedekt. De regeling wordt daarom wel aangeduid als de ‘*no risk polis*’. Zij verschaft werknemers met een arbeidsongeschiktheidsverleden een ‘rugzakje’ en komt tegemoet aan de vrees bij sommige werkgevers, dat werknemers uit deze groep een verhoogd risico op ziekteverzuim lopen.⁴

Het verrichten van passende arbeid

¹ Willem Bouwens is hoogleraar Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam

² J. Riphagen, *Ontslag en het recht op WW-uitkering*, diss. Leiden 1985 en J. Riphagen, Wederzijds begrip: de aansluiting tussen het arbeidsrecht en sociaalzekerheidsrecht opnieuw bezien, in: A. Jacobs e.a., *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Zutphen 2007.

³ Wet van 8 februari 1996. Stb. 1996, 134, waarover W.J.P.M. Fase, *De Wet uitbreiding loonbetalingsplicht bij ziekte*, Deventer 1996; B. Hoogendijk, *De loonbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar*, diss. Rotterdam 1999; C.F. Sparrius, *De verantwoordelijkheidsverdeling voor de inkomensbescherming van zieke werknemers*, diss. Nijmegen 2001 en I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, vierde druk, Deventer 2007.

⁴ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 50-53.

Gaan werkgever en werknemer ter zake van passende arbeid – al dan niet stilzwijgend – een nieuwe arbeidsovereenkomst aan, dan heeft die passende arbeid voortaan te gelden als de bedongen arbeid en zal bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte voor die arbeid op grond van art. 7:629 BW opnieuw gedurende in beginsel maximaal 104 weken aanspraak op doorbetaling van 70% van het gemaximeerde dagloon bestaan.⁵ Wanneer het andere werk (nog) niet als de bedongen arbeid kan worden aangemerkt, is sprake van doorlopende arbeidsongeschiktheid. Omdat de termijn van 104 weken bedoeld in art. 7:629 eerste lid BW is verstreken, hoeft de werkgever bij heruitval uit die passende arbeid geen loon meer te betalen, ongeacht of de arbeidsongeschiktheid voortkomt uit dezelfde of uit een andere oorzaak en ongeacht de duur van de verhindering.⁶

Het ontbreken van een recht op loondoorbetaling brengt mee dat art. 29, eerste lid, ZW niet meer aan uitkering op grond van de ZW in de weg staat. Besluiten waarin UWV de uitkering met een beroep op dat wetsartikel weigerde, werden door de Centrale Raad van Beroep (CRvB) dan ook vernietigd.⁷ Maar betekent dit ook dat werknemers in de hier bedoelde situatie dan aanspraak kunnen maken op een ziektewetuitkering?

In drie uitspraken van 28 juli 2010 heeft de CRvB zich over deze vraag uitgelaten. Het ging in alle gevallen om werknemers die na afloop van de periode genoemd in art. 7:629, eerste lid, BW – destijds nog 52 weken – niet in aanmerking kwamen voor een WAO-uitkering, omdat zij weliswaar ongeschikt werden geacht voor het eigen werk, maar nog wel geschikt voor andere functies. Een van de zaken betrof een werknemer met rugklachten die zich tegenover zijn werkgever bereid verklaarde passende arbeid te verrichten. Zijn loonvordering werd toegewezen tot de dag waarop de werknemer tevens ongeschikt werd voor de passende werkzaamheden in verband met een knieoperatie.⁸ In de tweede zaak was de werknemer uitgevallen met schouderklachten. Na het verstrijken van de loondoorbetalingsperiode werd hij ongeschikt voor de passende arbeid als gevolg van een beenbreuk.⁹ In de derde zaak ging het om een werknemer die gedurende vier jaren na het ontstaan van zijn arbeidsongeschiktheid aangepast werk deed en zich toen opnieuw ziek moest melden.¹⁰

De CRvB oordeelde in alle gevallen dat de betrokken werknemers geen aanspraak konden maken op ziekgeld op grond van de ZW, omdat zij niet vielen onder een van de in art. 29, tweede lid, ZW genoemde categorieën werknemers. Het artikellid bevat volgens de Raad een limitatieve opsomming van de gevallen waarin een verzekerde aanspraak kan maken op ziekgeld. In dat verband verwijst de Raad naar een passage uit de memorie van toelichting bij de WULBZ:¹¹

‘De betekenis van het eerste lid is dat indien wordt vastgesteld dat bij ziekte recht bestaat op loon, er geen ziekgeld door de bedrijfsvereniging wordt uitgekeerd. Indien bij ziekte geen recht bestaat op loon betekent dit echter niet automatisch dat de

⁵ Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 2009, JAR 2009/54; Hof Arnhem 21 juli 2009, JAR 2009/345; Hof Leeuwarden 3 maart 2009, USZ 2009/164; Vzr. Utrecht 7 december 2009, JAR 2010/80; Vzr. Amsterdam 1 februari 2010, JAR 2010/109; Hof Arnhem 1 juni 2010, RAR 2010/115. Zie daarover F.G. Laagland & C.W.G. Rayer, Passende arbeid na 104 weken, TRA 2010/24 en de bijdrage van Jaap van Slooten, elders in deze bundel.

⁶ Zie onder meer Ktr. Delft 13 december 2001, JAR 2002/49; Hof 's-Hertogenbosch 3 augustus 2004, JAR 2004/274; Ktr. Deventer 26 augustus 2004, JAR 2004/210; J.M. van Slooten, De loonvordering tijdens het eerste ziektejaar, ArbeidsRecht 2001/51 en Ch.M. Hettinga, Onderbreking van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte, ArbeidsRecht 2006/5.

⁷ Zie CRvB 29 maart 2005, USZ 2005/166 en CRvB 10 mei 2006, RSV 2006/195, SR 2007, 43 (m.nt. Fluit).

⁸ CRvB 28 juli 2010, LJN: BN2808, USZ 2010/300 (m.nt. Boot), RSV 2010/244.

⁹ CRvB 28 juli 2010, LJN: BN2809, USZ 2010/250 (m.nt. red), RSV 2010/242 (m.nt. Rebel).

¹⁰ CRvB 28 juli 2010, LJN: BN2796.

¹¹ Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, blz. 67 en 68.

betrokkene recht heeft op ZW-uitkering. Het tweede lid geeft namelijk de situaties aan waarin wel wettelijk ziekgeld wordt uitgekeerd.'

De betrokken werknemers deden tevens een beroep op artikel 29, tweede lid, aanhef en onderdeel c, van de ZW. Zij stelden zich op het standpunt dat hun situatie gelijkgesteld diende te worden met die van werknemers wier dienstbetrekking is geëindigd. Dit standpunt werd door de Raad verworpen. Volgens de Raad kon gelijkstelling, gelet op 'het gesloten stelsel van beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst in het burgerlijk recht', niet in overeenstemming worden geacht met de letter en de bedoeling van genoemd artikelonderdeel.

De CRvB concludeerde ten slotte dat geen sprake is van een onvoorziene situatie, aangezien de wetgever, mede blijkens de opmerking in de memorie van toelichting, heeft onderkend dat het ontbreken van een recht op loondoorbetaling niet automatisch met zich brengt dat een betrokkene recht heeft op ziekgeld. Hij overwoog in dat verband tevens dat, zo er in dit geval al sprake is van een lacune in de wetgeving, het niet aan hem is om hieraan invulling te geven, maar aan de wetgever.

De argumenten van de CRvB gewogen

De CRvB leunt in de uitspraken zwaar op de eerder aangehaalde passage uit de memorie van toelichting bij de WULBZ. Daaruit kan worden afgeleid dat het ontbreken van een recht op loondoorbetaling tijdens de dienstbetrekking niet automatisch leidt tot een recht op ziekgelduitkering. Nergens blijkt echter dat de regering hier doelde op de situatie van uitval uit passende arbeid na het verstrijken van de loondoorbetalingsperiode. De opmerking van de regering kan ook slaan op de situatie dat geen aanspraak op loon bestaat, omdat zich een van de in het derde lid van art. 7:629 opgenomen uitsluitingsgronden voordoet of omdat partijen wachtdagen als bedoeld in art. 7:629, negende lid, zijn overeengekomen. De wetgever heeft de situatie van heruitval uit passende arbeid bij de totstandkoming van de WULBZ simpelweg niet onder ogen gezien.

In de literatuur is wel betoogd dat de tekst van art. 29, tweede lid, ZW niet dwingt tot de opvatting dat het om een limitatieve opsomming gaat.¹² Wie in parlementaire stukken van latere wetwijzigingen zoekt, vindt daar echter wel het overtuigende bewijs dat de opsomming door de wetgever uitputtend is bedoeld. Zo treffen we in de memorie van toelichting bij een wetwijziging in 1998, die verband hield met het wegnemen van belemmeringen in verband met het opnemen van onbetaald verlof, de volgende opmerking aan:¹³

'In artikel 29, tweede lid, ZW, zijn limitatief de situaties opgesomd waarin recht kan bestaan op uitkering uit hoofde van de (vangnet) ZW.'

Een verwijzing naar dit Kamerstuk had in de uitspraak van de CRvB niet misstaan.

Maar valt de situatie van betrokkenen dan niet onder die limitatieve opsomming? Is in de onderhavige gevallen geen sprake van het eindigen van de dienstbetrekking in de zin van onderdeel c van het tweede lid van art. 29 ZW?

Het begrip 'dienstbetrekking' heeft in de werknemersverzekeringen een eigen, van het arbeidsovereenkomstenrecht afwijkende betekenis. Het omvat ook andere arbeidsverhoudingen dan de arbeidsovereenkomst (zie met name de uitbreidingen in art. 4 en art. 5 ZW). Daar staat tegenover dat de wet in art. 6 ook bepaalde arbeidsverhoudingen uitzondert van het begrip dienstbetrekking die civielrechtelijk als arbeidsovereenkomst worden beschouwd. Bovendien wordt op dagen dat geen arbeid wordt verricht en geen uitkering of een uitkering van minder dan de helft van het normale loon van de werkgever wordt ontvangen – behoudens een aantal

¹² Zie P.S. Fluit, Uitval uit passende arbeid, *SR* 2007/43.

¹³ *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 618, nr. 3, p. 18

hier niet ter zake doende uitzonderingen – op grond van art. 6, tweede lid, van de ZW geen dienstbetrekking aanwezig geacht, ook niet wanneer de arbeidsovereenkomst civielrechtelijk voortduurt.

De werknemers in de aan de CRvB voorgelegde zaken hadden een dienstbetrekking in de zin van art. 3 ZW zolang zij passende arbeid verrichten, dan wel in aanmerking kwamen voor loondoorbetaling. Vanaf de dag dat zij opnieuw uitvielen, kon op grond van art. 6, tweede lid, ZW geen dienstbetrekking meer aanwezig worden geacht. Kan dan niet betoogd worden dat de dienstbetrekking van de werknemers op de dag van heruitval eindigde en derhalve ingevolge art. 29, tweede lid, sub c, van de ZW aanspraak op ziekengeld kon worden gemaakt?¹⁴ Nadere bestudering van de hiervoor reeds aangehaalde wetswijziging van 1998 laat zien dat zulks niet het geval is. De regering constateerde destijds namelijk dat na het opnemen van onbetaald verlof geen dienstbetrekking in de zin van de ZW meer aanwezig wordt geacht. Teneinde te voorkomen dat in dat geval aanspraak zou kunnen ontstaan op uitbetaling van ziekengeld, werd art. 29, tweede lid, onderdeel c, van de Ziekwet uitdrukkelijk beperkt tot de dienstbetrekkingen ‘bedoeld in artikel 3’. Beoogd werd daarmee buiten twiifel te stellen dat alleen recht op een ziekengelduitkering bestaat wanneer de dienstbetrekking naar burgerlijk recht is geëindigd.¹⁵ Een ‘socialezekerheidsrechtelijke benadering’ van het begrip eindigen van de dienstbetrekking in genoemde bepaling was daarmee definitief van de baan.

Zijn er dan geen goede gronden om de situatie van betrokkenen gelijk te stellen met de situatie dat de dienstbetrekking eindigt? De CRvB wijst in de uitspraken een dergelijke gelijkstelling uitdrukkelijk van de hand. De Raad beroept zich daarbij op ‘het gesloten stelsel van beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst in het burgerlijk recht’. Dit argument kan nauwelijks overtuigen. Van een werkelijk gesloten stelsel van beëindigingswijzen is immers geen sprake. Zo kent het einde met wederzijds goedvinden geen regeling in titel 7.10 van het BW en heeft de Hoge Raad, ondanks het ontbreken van een algemene grondslag daarvoor in genoemde titel, de mogelijkheid van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst erkend.¹⁶ Indien wordt gesproken over ‘het gesloten stelsel van ontslagrecht’ bedoelt men als regel veeleer dat civielrechtelijke normen in het ontslagrecht slechts doorwerken indien het ontslagrecht niet in de materie voorziet of op dit punt is verouderd.¹⁷ Een argument tegen de eerder bedoelde gelijkstelling kan men daaraan nauwelijks ontleen.

Meer spreekt aan dat de situatie van betrokkenen wezenlijk verschilt van de situatie van personen wier dienstbetrekking gedurende de eerste 104 ziekte weken formeel eindigt, omdat bij heruitval uit passend werk reeds gedurende dat tijdvak loondoorbetaling heeft plaatsgevonden. In de zaak van de werknemer met de beenbreuk werd dit argument door de CRvB gebruikt om het beroep op artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) terzijde te schuiven. Het was naar mijn mening ook voldoende draagkrachtig om de door betrokkenen bepleite gelijkstelling af te wijzen.

Naar de bijstand?

¹⁴ Vergelijk ten aanzien van andere situaties: J.J.A. Kooijman, Minder lacunes in de Wulbz dan gedacht! Over het begrip ‘eindigen van de dienstbetrekking in art. 29 ZW, SR 1997, p. 146.

¹⁵ *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 618, nr. 3, p. 18.

¹⁶ HR 6 maart 1992, *NJ* 1992, 509 (*Mungra/Van Meir*).

¹⁷ Vergelijk Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?*, diss. UU 2001, p. 75 en Asser-Heerma van Voss, *Bijzondere overeenkomsten*, 7-V, nr. 295. Het ‘gesloten stelsel’ heeft opnieuw een barst opgelopen met HR 11 december 2009, *JAR* 2010/17 (*Van Hooff Elektra/Oldenburger*), waarin aan een opzegging rechtskracht werd ontzegd omdat sprake was van misbruik van bevoegdheid. Vergelijk G.C. Boot, noot onder USZ 2010/300.

Blijft staan dat het oordeel van de CRvB betekent dat de werknemer geen recht heeft op loon, noch op een ZW-uitkering. Wanneer niet op andere wijze in zijn inkomen kan worden voorzien, is de werknemer aangewezen op een uitkering ingevolge de Wet werk en bijstand. Dat resultaat verdraagt zich moeizaam met het bij de totstandkoming van de WULBZ door de regering ook verdedigde standpunt dat het in strijd zou zijn met het uitgangspunt van een sociaal geconditioneerde privatisering van de ZW, indien personen voor wie geen loondoorbetalingsplicht van hun werkgever geldt, op bijstandsniveau zouden moeten terugvallen, juist in een situatie waarin ze niet in staat zijn hun lot te verbeteren.¹⁸ De CRvB lijkt in de uitspraken echter niet zonder meer aan te willen nemen dat sprake is van een lacune. Zijn er wellicht andere mogelijkheden voor de werknemers in kwestie om in hun inkomen te voorzien?

Een eerste optie is de eerder al aangehaalde *no risk polis* van art. 29b ZW.¹⁹ Deze gold in het verleden slechts voor werknemers die ten tijde van indiensttreding reeds een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvingen. Met de invoering van de Wet WIA is de werkingssfeer uitgebreid. Zij geldt nu ook voor werknemers die recht hebben op een WIA-uitkering en wier dienstbetrekking met de eigen werkgever wordt voortgezet nadat dat recht is vastgesteld.²⁰ Deze groep heeft recht op uitbetaling van ziekengeld over perioden van ongeschiktheid tot werken wegens ziekte die zijn aangevangen in de vijf jaren na de vaststelling van het recht op WIA-uitkering (art. 29, vierde lid, ZW). Tot de categorie werknemers die in aanmerking komen voor de *no risk polis* behoren voorts werknemers die bij het einde van de loondoorbetalingsplicht ex art. 7:629 BW niet in staat zijn tot het verrichten van eigen of andere passende arbeid bij de eigen werkgever, maar niet in aanmerking komen voor een uitkering op grond van de Wet WIA omdat zij minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn (art. 29b, eerste lid, onderdeel c, ZW). Zij kunnen aanspraak maken op uitbetaling van ziekengeld bij arbeidsongeschiktheid gedurende de eerste vijf jaar na aanvang van de dienstbetrekking.²¹ Voor de 35-minner die bij zijn oude werkgever arbeid verricht, staat de voorziening echter alleen open wanneer ter zake na beëindiging van het oude dienstverband een nieuwe dienstbetrekking wordt aangegaan.²² Voor degenen die passende arbeid verrichten op basis van de oude arbeidsovereenkomst, biedt art. 29b ZW derhalve geen uitkomst.

Een andere mogelijkheid is dat voor degene die uitvalt uit passende arbeid alsnog een recht op WIA-uitkering ontstaat.²³ Indien de werknemer niet in aanmerking kwam voor een WIA-

¹⁸ *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 29.

¹⁹ Het ontvangen van ziekengeld heeft geen invloed op de berekening van de loongerelateerde uitkering (art. 61 WIA) en de toepassing van de inkomenseis voor de loonaanvullingsuitkering (art. 60 WIA), omdat daarbij wordt uitgegaan van het inkomen dat de werknemer genoot in de periode voorafgaand aan het ontvangen van een loondervingsuitkering (zie art. 4 en 5 Inkomensbesluit Wet WIA).

²⁰ P.S. Fluit, *SR* 2007/43, vraagt zich af of het begrip 'voortzetten' in art. 29b, vierde lid, ZW gelet op de ratio van bepaling niet aldus moet worden uitgelegd dat ter zake van de passende arbeid een nieuwe dienstbetrekking moet worden aangegaan. De Kamerstukken geven geen aanleiding voor een dergelijke enge interpretatie. Zie onder meer *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 318, nr. 9, p. 3: "*Indien de werknemer ten minste 35% arbeidsongeschikt is, zijn de no risk polis en premiekorting beschikbaar als de werknemer in dienst blijft bij de werkgever, respectievelijk in dienst treedt bij een andere werkgever.*"

²¹ Is sprake van een aanzienlijk verhoogd risico op ernstige gezondheidsklachten, dan kan de termijn van vijf jaren worden verlengd (art. 29c ZW).

²² Vergelijk *Kamerstukken I*, 2005/06, C, p. 3; C.J. Frikkee, Invoering van de WIA: van WAO-gat naar WIA-krater; een reactie, *ArbeidsRecht* 2006/17; P.H. Burger, Tussen WIA, ZW en loondoorbetaling gevallen: het inkomensgat van de gere-integreerde werknemer die voor minder dan 35% gedeeltelijk arbeidsongeschikt is, *SR* 2007/27.

²³ P.H. Burger, Tussen WIA, ZW en loondoorbetaling gevallen: het inkomensgat van de gere-integreerde werknemer die voor minder dan 35% gedeeltelijk arbeidsongeschikt is, *SR* 2007/27 merkt overigens terecht op

uitkering omdat hij minder dan 35% arbeidsongeschikt werd geacht, zal alsnog een recht op WIA-uitkering ontstaan zonder dat opnieuw de wachttijd hoeft te worden doorlopen, wanneer de arbeidsongeschiktheid binnen vier weken na einde van de loondoorbetalingsperiode is toegenomen tot een hoger dan genoemd percentage. (art. 48, eerste lid, onder c, en art. 55 Wet WIA). Gaat het om arbeidsongeschiktheid die voortkomt uit dezelfde oorzaak, dan is die periode aanzienlijk ruimer. In dat geval ontstaat een recht op WIA-uitkering wanneer de toegenomen arbeidsongeschiktheid zich binnen 5 jaar na einde wachttijd voordoet (art. 48, eerste lid, onder b, en art. 55 Wet WIA).

Voor de werknemer die noch op de no risk polis, noch op de Wet WIA een beroep kan doen, zou de WW wellicht nog uitkomst kunnen bieden. Dat hij nog een dienstbetrekking heeft, hoeft aan het ontstaan van een recht op werkloosheidsuitkering niet in de weg te staan. Ook de werknemer die zich niet in staat acht de werkzaamheden te verrichten die door de werkgever worden aangeboden, lijdt een arbeidsurenverlies.²⁴ Van werkloosheid zal evenwel slechts sprake zijn wanneer de werknemer beschikbaar is voor arbeid (art. 16, eerste lid, WW). Daarvoor is in ieder geval vereist dat hij na heruitval nog wel enige arbeid kan verrichten.²⁵

Zou de werknemer die niet tot een van de laatstgenoemde categorieën behoort, dan wellicht een beroep kunnen doen op een ZW-uitkering wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigt en de werknemer zich daartegen niet verzet of wanneer laatstgenoemde zelf ontslag neemt? In dat geval is immers wel voldaan aan de voorwaarde van art. 29, tweede lid, onderdeel c, ZW dat de dienstbetrekking is geëindigd. Uiteraard heeft een dergelijke stap ingrijpende consequenties. De werknemer heeft dan immers geen arbeidsovereenkomst meer en zal na herstel geen beroep meer kunnen doen op zijn werkgever. Toch is niet uitgesloten dat een werknemer deze stap zal overwegen, in het bijzonder wanneer hij, bijvoorbeeld vanwege zijn vermogenspositie of het inkomen van zijn partner, niet voor een bijstandsuitkering in aanmerking komt.

Deze werknemers zullen bij het UWV mogelijk nul op het rekest krijgen, omdat sprake is van doorlopende arbeidsongeschiktheid en op grond van art. 29, vijfde lid, ZW geen ziekengeld wordt uitgekeerd nadat een tijdvak van 104 weken van ongeschiktheid tot werken is verstreken, te rekenen vanaf de eerste dag van ongeschiktheid tot werken. Dit standpunt is echter in strijd met een uitspraak van de CRvB uit 1994 betreffende art. 29, tweede lid, ZW(oud), waarin destijds een maximumduur van 52 weken was neergelegd.²⁶ Het ging in deze zaak om een metaalbewerker die uitviel met rugklachten. Zijn WAO-uitkering werd na enige tijd ingetrokken, omdat hij met passende arbeid ongeveer hetzelfde loon kon verdienen als voorheen. Hij ging daarop bij zijn eigen werkgever in een andere functie aan de slag. Toen hij daarna opnieuw uitviel – nu met griep – deed hij een beroep op de ZW. Het uitvoeringsorgaan stelde dat de werknemer doorlopend arbeidsongeschikt was gebleven en de maximale duur van de ZW-uitkering daarom was verstreken. De CRvB oordeelde dat het bestuursorgaan de uitkering ten onrechte had geweigerd. De Raad maakt in dat verband als zijn opvatting kenbaar dat

‘nu in casu gedaagde in andere arbeid heeft hervat en de ongeschiktheid ter zake waarvan hij zich heeft ziekgemeld, voortvloeit uit een kennelijk andere oorzaak dan die welke grond vormde voor de eerdere arbeidsongeschiktheid ter zake waarvan hij reeds

dat deze mogelijkheid slechts uitkomst biedt bij meer structurele arbeidsbeperkingen en niet bij bijvoorbeeld een verhindering wegens griep.

²⁴ Zie bijv. CRvB 12 februari 1991, RSV 1991/188.

²⁵ Zie M. Opdam, Het begrip beschikbaarheid in de WW, SMA 2008, p. 140.

²⁶ CRvB 22 juni 1994, RSV 1994/224.

52 weken ziekgeld heeft ontvangen, een redelijke wetstoepassing met zich mee brengt dat het bepaalde in artikel 29 lid 2 ZW (oud) hem niet kon worden tegengeworpen.'

Deze uitspraak is onder het huidige recht nog steeds van belang. De (niet gepubliceerde) beleidsregels van het UWV van 22 juni 2004 met betrekking tot de toepassing van art. 29, vijfde lid, ZW sluiten erop aan.²⁷ Ingevolge deze beleidsregels vindt weigering van ziekgeld op grond van deze wettelijke bepaling slechts plaats, indien de werknemer hervat in dezelfde arbeid waarvoor hij eerder 104 weken ongeschikt is geweest, doorlopend arbeidsongeschikt is gebleven en zijn werkzaamheden staakt vanwege dezelfde ziekteoorzaak. Betreft het een andere oorzaak, dan zal art. 29, vijfde lid, ZW de werknemer derhalve niet kunnen worden tegengeworpen.²⁸

Vraag blijft wel of het (niet verweren tegen) ontslag de werknemer niet op een weigering van de uitkering kan komen te staan wegens het plegen van een benadelingshandeling in de zin van art. 45, eerste lid, onderdeel j, ZW. Daargelaten of de werknemer ter zake enig verwijt treft, pleit tegen het aannemen van een benadelingshandeling dat art. 45, zevende lid, ZW het nalaten verweer te voeren of instemmen met de beëindiging alleen als benadelingshandeling aanmerkt wanneer dit plaatsvindt 'in de periode, bedoeld in artikel 29, eerste lid'. Die periode is in de hier bedoelde gevallen verstreken.

Slot

Bovenstaande beschouwingen leiden tot de conclusie dat de ZW, de Wet WIA en de WW enige bescherming bieden aan de werknemer die na het verstrijken van de loondoorbetalingsperiode van art. 7:629 BW passende arbeid verricht zonder dat partijen ter zake een nieuwe arbeidsovereenkomst hebben gesloten. Gaat het om iemand die minder dan 35% arbeidsongeschikt wordt geacht en zijn na het verstrijken van de loondoorbetalingsperiode inmiddels meer dan vier weken verstreken, dan staat de werknemer echter met lege handen, tenzij;

- a. zijn nieuwe arbeidsongeschiktheid voorkomt uit dezelfde oorzaak, in welk geval hij alsnog in aanmerking kan komen voor een WIA-uitkering, of
- b. hij, ondanks zijn arbeidsongeschiktheid, nog wel beschikbaar is voor andere arbeid, zodat hij een beroep kan doen op de WW.

Een en ander betekent dat er een categorie werknemers is, waarvoor het systeem geen adequate voorziening biedt. Deze categorie werknemers zou zich wellicht alsnog toegang kunnen verschaffen tot de ZW door aan te sturen op ontslag. Omdat de werknemer daarmee het uitzicht op re-integratie bij de eigen werkgever definitief verliest, acht ik het zeer onwenselijk dat een situatie ontstaat waarin de werknemer zich gedwongen ziet voor deze laatste optie te kiezen.

Het is derhalve dringend gewenst het geconstateerde gat in het vangnet te repareren. Maar welke oplossing moet dan gekozen worden? Het gaat niet aan de rekening van de lacune in de inkomensbescherming te leggen bij de werknemer die door zijn ziekte in een situatie verkeert waarin hij niet in staat is zijn lot te verbeteren, maar wordt de werkgever niet overvraagd wanneer hij ook verantwoordelijk wordt voor de inkomensbescherming van de werknemers die hij eerder al gedurende 104 weken het loon heeft moeten doorbetalen? Ik meen van wel.

²⁷ Zie daarover A. Wit, *Wegwijzer arbeidsongeschiktheid* 2009, Deventer 2008, p. 78.

²⁸ In de eerder aangehaalde uitspraken van 28 juli 2010 werd door de werknemers ook een beroep op deze beleidsregels gedaan. De CRvB oordeelde daaromtrent dat aan art. 29, vijfde lid, ZW – en de daarop gebaseerde beleidsregels – geen recht op toekenning van ziekgeld kan worden ontleend, maar dat hierin wel een zelfstandige weigeringsgrond is opgenomen.

Uitbreiding van de *no risk polis* van art. 29b ZW ligt daarom het meest voor de hand.²⁹

Nadeel daarvan is echter dat de stimulans die thans van dat artikel uitgaat om een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan, teniet wordt gedaan. Ik zou er daarom voor willen pleiten deze uitbreiding van de *no risk polis* gepaard te doen gaan met een bepaling in art. 7:629 BW op grond waarvan, bij het verrichten van arbeid met loonwaarde gedurende ten minste vier weken na het verstrijken van de in het eerste lid genoemde periode, opnieuw aanspraak bestaat op doorbetaling van loon gedurende in beginsel maximaal 104 weken. Of ter zake van die passende arbeid een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt gesloten, is dan niet meer relevant.

²⁹ Vergelijk P.H. Burger, Tussen WIA, ZW en loondoorbetaling gevallen: het inkomensgat van de gere-integreerde werknemer die voor minder dan 35% gedeeltelijk arbeidsongeschikt is, *SR* 2007/27 en F.G. Laagland & C.W.G. Rayer, Passende arbeid na 104 weken, *TRA* 2010/24.